

中国における専利法の第二次改正について（中川良延教授神田修教授退職記念号）

著者名(日)	張 玲
雑誌名	山梨学院大学法学論集
巻	49
ページ	281-310
発行年	2003-03-10
URL	http://id.nii.ac.jp/1188/00000875/

論
説

中国における専利法の第二次改正について

中国南開大学法学部助教授 張玲

目 次

はじめに

一 WTOの加盟に備え、TRIPS協定に基づく改正について

1 特許権者による販売の申し出の権利

2 実用新案と意匠に関する審決に対する訴えの提起に

3 起訴前の仮司法措置による特許権保護の強化

4 特許強制許諾制度の整備

二 権利主体の利益を平等的、適切的に保護するための改正について

1 国有企業の特許技術に対する権利性質に関する改正

2 職務発明創作の発明者又は考案者の利益に対する保護の強化

3 意匠特許権の付与条件に関する改正

三 手続きの簡素化と司法救済措置の整備について

1 手続きの簡素化

2 実用新案権の行使に関する条件

3 特許技術の善意実施行為

おわりに

参考文献

はじめに

私は、二〇〇一年六月から九月にかけて、再び山梨学院大学から招聘を受け、客員研究員として、「日本の特許法における特許権の保護」を研究テーマにして来日した。

山梨学院大学では、小野寺規夫教授（元東京高裁判事部長判事）のご手配で、私は大学の同僚である張麗霞さんと共に東京地方裁判所で研修する機会に恵まれた。研修は二〇〇一年七月九日から七月一三日までの短い期間ではあったが、私にとっては本当に得がたいチャンスであった。そのため、私は行く前にきちんと勉強して、できるだけより多くのものを身につけようとひそかに決意をした。

私と張さんはそれぞれ東京地裁民事二二部（調停専門部）と同じく民事二九部、四六部、四七部（いずれも知的財産部）で研修した。研修中、私たちは各部の裁判官にいろいろな問題について教えていただき、裁判官と一緒に法廷を傍聴し、資料を集め、裁判部での研究会に参加して、多彩な研修活動を行った。また、調停部部長田中信義

判事と同部坂詰春男主任書記官は、私たちのためにわざわざ東京家庭裁判所と簡易裁判所の各調停を見学する機会を提供してくださった。この見学を通して、日本の地方裁判所の仕組みや家庭裁判所と簡易裁判所の仕事の取り扱い方がすこしずつわかるようになった。とくに、東京家裁の大ホールに設置されている母子像や児童室はとても印象的であり、それには感心した。家庭裁判所を訪れる人々は、そこで家庭の安らぎの雰囲気を感じる。紛争に悩んで緊張する心情はすこしずつ緩和されるのではないかと思う。国民に身近な日本司法についてその実情の一面を知ることができて嬉しく思う。とにかく今度の研修は、私にとって忘れることのできない思い出となった。

現在、中国、日本、韓国三カ国の特許庁は同じ内容の特許について三カ国で同時に特許権を取得することができ、その制度をつくることに合意したようだ。

二〇〇二年から段階的に特許審査の基準共通化を進め、最終的には審査結果を相互に受け入れるようにするという。そうすることによって、自国で認可された特許についても三カ国で保護を受けることができるようになってくる。三カ国は特許庁長官の定期会合を行い、本年（二〇〇一年）九月に東京で開く予定の初会合で制度づくりの協議を始めるという。このため、中国の専利法（日本の特許法に相当する法律）と日本の特許法との比較研究は学術上・実務上からも重要な意味を持つのである。ただし、日本の裁判官たちのほとんどは、ヨーロッパの特許法について詳しい知識を持っているが、中国の専利法に対してはあまり知らないと伺っている。そのため、私は、本稿で、中国の一番新しい専利法改正の内容を紹介しようと思う。そこで、日本の皆さんに中国の専利法の理解に少しでも役に立つことができれば幸いと思い、この論文を書こうと思った次第である。

知的経済を中心に、ハイテクが非常に速いスピードで発展しつつある二一世紀は、中国の科学技術及び経済発展にとってかなり重要な時期であり、産業構造の調整と最適化も経済発展の主題としてクローズアップされる時期でもある。

特に、WTOの加盟にともない、中国の企業はますますより激しい競争を強いられるであろう。技術進歩と新規創作の中で、特許制度はより大きな役割を果たせると思われる。その背景に、二〇〇〇年八月二五日、中国の第九回全国人民代表大会常务委员会第十七回会議は「中華人民共和国専利法についての修正決定」を可決した。改正専利法はすでに二〇〇一年七月一日から施行された。今度の改正は一九九二年九月の第一次改正後に行われた第二次改正である。この二回の改正はそれぞれ特色をもっている。第一次改正は特許権者の保護の拡大を中心に、いろいろな実体規範を増加した。たとえば、特許権者に輸入権を付与する（一一条）とか、方法発明に対する保護は当該方法によって直接的に得られた製品にも及ぶことがある（一一条）とか、食品とドリンクと調味料と薬品及び化学方法によって得られた物質は、特許出願できることになった（二五条）とか、特許権の存続期間を延長し、発明特許権は二〇年、実用新案と意匠特許権は共に一〇年とした（四五条）ことなどである。

今回の改正は、特許権者の保護を強化し、特に手続きに可操作性を持たせることに重点を置いた。改正された条文は全部で三五ヶ条にも及んでいる。TRIPS協定に基づき、わが国の専利法の中で関連ある規定はさらに整備された。特許出願及び審査、特許権の保護や、侵害紛争の解決手続きなどの面で新しい法律条項を設けている。これによって、特許手続きを簡素化し、特許権の保護を強化している。

一 WTOの加盟に備え、TRIPS協定に基づく改正について

今、わが国はWTOに加盟しようとしている。しかし、その場合WTOは加盟しようとする国に対してまずその国の関係ある法律がWTOの規定に一致するかどうかの審査を行うことになったため、知的財産権の面では、わが国は一九九二年の法改正を通して専利法をTRIPS協定に近づけさせた。今回の改正はTRIPS協定により規定された保護基準に符合するレベルに達している。

1 特許権者による販売の申し出の権利

TRIPS協定第二八条第一項は以下の定めがある。「特許は、特許権者に次の排他的権利を与える。(a)特許の対象が物である場合には、特許権者の承諾を得ていない第三者による当該物の生産、使用、販売の申し出若しくは販売又はこれらを目的とする輸入を防止する権利。(b)特許の対象が技法である場合には、特許権者の承諾を得ていない第三者による当該技法の使用を防止し及び当該技法により少なくとも直接的に得られた物の使用、販売の申し出若しくは販売又はこれらを目的とする輸入を防止する権利。」である。

わが国の専利法第一三条は上記の規定に比べれば、特許権者に販売の申し出に対する禁止権が付与されていないかかったと言う問題がある。TRIPS協定に合わせるために、改正法では発明と実用新案特許権者に販売の申し出と言う専用権を付与することになった。

販売の申し出とは、広告または商店或いは展覧会で展示されるような方式で商品を販売しようとする場合の許諾を指す。

現実の生活の中で、ある企業は特許製品を無断で製造し、或いは特許侵害製品をほかの企業から買った後でこれらの侵害製品を販売するために各種のメディアで広告を出したり、展覧会で展示したりする行為に対して、従前の専利法では、特許権者はそれを禁止することができなかった。特許権者が事後、侵害製品を実際に販売した当該企業に対して権利を主張して訴を提起することしかできないのが現状である。この方法では侵害を早めにつきとめ、侵害製品を世の中に流通させることを防止することができないと言われている。

今回、改正された第一条では、特許権者は許諾を得なかった販売予備行為に対して直接に訴を提起することができるようになった。そして、萌芽状態にある侵害行為を消滅させ、特許権者の利益を有効的に守ることができる。

販売の申し出は、単にある商品を売ろうとする意思表示の行為である。当該行為は、売るという行為とも違わし、売りたいという申し込みとも違う。売るという行為は、商品の所有権を譲渡するという特徴がある。売りたいという申し込みには条件もある。一つは申し込みの内容を具体的に確定することである。二つは申し込み者はその内容の約束を受けることである。しかし、販売の申し出は以上の特徴と条件を満たしていない。したがって、販売の申し出は売る申し込みの申し出にすぎない。

2 実用新案と意匠に関する審決に対する訴えの提起

改正前の専利法第四三条第三項及び第四九条第三項によると、特許庁に設けられた専利再審委員会が、特許出願人、特許権者および特許取り消し請求人の実用新案と意匠に関する再審請求に対して下した決定及び実用新案と意匠の特許無効の請求に対して下した決定は、すべて終局決定であると定められている。そして、改正前の専利法は、実用新案と意匠に対しては行政手続きの規定しなく、司法手続きによる保護条文を設けていなかった。

しかし、改正前の専利法第四三条第二項には、発明特許出願人と発明特許権者と発明特許権取り消し請求人は、専利再審委員会により下された決定、及び発明特許権の取り消し決定と発明特許権維持決定に不服があるとき、これらの決定が送達された日から三カ月以内に、裁判所に訴えを提起することができる規定されている。従って、改正前の専利法は、発明に限って行政手続きと司法手続きの二重保護の条文を設けたことになる。それに対して、実用新案と意匠は、発明と同じく、専利法の保護対象であるにもかかわらず、不公平な待遇を受けて、関係当事者は、専利再審委員会がくだした決定に司法手続きによる救済措置を求めることができなかったのである。

そのほか、TRIPS協定は第三部「知的所有権の行使」の第一節「一般的義務」第四一条第四項でなされる最終的な行政決定に対して、少なくとも法律面について、最終で司法上の、司法当局による審査の機会を与えるべきであることが明らかに定められている。しかも、第四部「知的所有権の取得及び維持並びにこれらに関する当事者間の手続」の中に、知的所有権の取得及び維持に関する手続き、及び国内法で規定された手続き、行政取り消しや当事者間の異議、無効と取り消し手続きに対してくだされた終局の行政決定は、すべて司法あるいは準司法当局の審

査を受けなければならないと規定されている。

また、第三二条にも「特許を取り消し又は特許権を消滅させる決定については、司法上の審査の機会が与えられる。」と定められている。

わが国の専利法をTRIPS協定の規定と一致させようとするために、今回の法改正では実用新案と意匠に関する特許出願の却下の再審及び特許権無効の終局審判権を裁判所に授与した。すなわち、当事者は実用新案と意匠についての再審請求に対して専利再審委員会がくだした決定に不服の申立てをなしたとき、北京市中級裁判所に訴えを提起する権利を有する。それによって、司法保護を受けることができるようになった。

3 起訴前の仮司法措置による特許権保護の強化

TRIPS協定の第五〇条によれば、司法当局は、次の目的を実現するために迅速かつ効果的な暫定措置をとることを命ずる権限を有する。

(a) 知的所有権の侵害の発生を防止すること。特に、物品が管轄内の流通経路へ流入することを防止すること（輸入物品が管轄内の流通経路へ流入することを通関後直ちに防止することを含む。）

(b) 申し立てられた侵害に関連する証拠を保全すること。わが国の専利法は起訴された特許侵害者に対してのみ差し止めを命じることができるが、起訴前の仮保護措置が定められていないため、即時侵害と言う概念もないのである。このため、特許権者は他人が侵害を行おうとしているのに気がついたにもかかわらず、それを阻止する権利がないため、裁判所に保護措置を求めることができない。しかし、現実社会の中で、ある侵害行為に

対して、もし裁判所に起訴する前に速やかに阻止しなければ、特許権者は補償されにくい損害を蒙る可能性がある。特許権者が他人の侵害行為を現実に蒙った後になって、それを阻止する権利を有すると言うやりかたは特許権者にとって非常に不利である。

今度の専利法改正は、一方では特許権を有効的に保護するために、他方ではTRIPS協定との相違をなくすために、第六一条を追加した。これによって、特許権者は起訴前に司法機関に保護措置をとることを求めることができ、即時に侵害をストップする権利を有するようになった。これはわが国の不法行為理論に大きな発展となった。民法通則第一一八条によれば、個人又は法人の特許権は、実際の侵害を受けて侵害結果を発生した場合に限り、侵害の取り消し、影響の消除、損害賠償を求めることができると定められている。侵害結果を発生したことは不法行為に不可欠な構成要件となっている。それによると、ある者が許諾を得ずに特許技術を実施しようとした場合でも、実際の損害が発生しなければ、侵害行為にならないことになる。しかし、即時侵害は、実際の損害がまだ発生していないにもかかわらず、侵害のおそれが既に存在している行為であるとするのである。もし、適時にそれを抑止しなければ実際の侵害をもたらす可能性がある。そして、即時侵害は法律の禁止範囲にはいるべきである。それによって、改正後の専利法は、即時侵害について相応的措置を定めた。即ち、特許権者は相手方の特許侵害行為を行うおうとすることを証明できる証拠があれば、裁判所に財産の保全措置をとることと、それに関係のある行為をストップさせることを命じることを求めることができる。そうすれば実際の損害の発生を抑制し、特許権者の利益を十分に保護する目的が達せられるのだろう。

4 特許強制許諾制度の整備

わが国は一九九二年専利法を第一次改正した時、すでにTRIPS協定の関係ある規定を参考にして、既に専利法とその実施細則に関わる規定を改めた。その改正を通じて、TRIPS協定の基本的要求を符合するレベルにまで達した。ただ、ある用語と表現はTRIPS協定の関係規定とはまったく同じようにはならなかった。今度の法改正は特許強制許諾制度をより整備させるために以下の三つの方面で修正と調整を行った。

第一、クロスライセンスの条件をより厳しくした

TRIPS協定第三一条第I号は、利用発明に対する強制許諾について厳しい条件を定めている。第二特許にかかるとの発明には、第一特許に係る発明との関係において相当の経済的重要性を有する重要な技術の進歩を含むと言う条件を備えなければならない。しかし、わが国の専利法には、第二特許にかかる発明は、第一特許に係る発明より技術の進歩を有することだけを条件にしていた。それは、明らかに、TRIPS協定による条件がわが国のものより厳しく設定されていることになる。このために、今度の法改正は、第五〇条に「顕著な経済的意義において重大な技術的進歩を有する」と言う表現を用いている。このように、一般的な技術的進歩を持っている第二特許権者は、第一特許発明と第一考案に強制許諾を求めることができず、第一特許権者と実施許諾契約を結ばない限り、自分の特許技術を実施することができない。さもなければ、不法行為になるというのである。

第二、特許権者の利益に対する保護を強化し、下された強制許諾を法定の条件に合わせることとなった

TRIPS協定第三一条第b号は、特許管理機関は強制許諾を下してから速やかに特許権者に通知を出すことを要

すると規定されている。また、第g号は強制許諾をもたらした状況が存在しなくなり、かつ、その状況が再発しうにない場合には、その許諾を取り消すことができるものと規定している。

以上の内容に似ている規定はわが国の専利法実施細則（第六八条）にもあるが、今度の改正は強制許諾の授与と終止が同等な法律効力を持たせるために、強制許諾の授与を専利法に設け、強制許諾の終止を実施細則に設けた方法はあまり妥当ではないと思われる。そして、実施細則の関連規定は適当な改正をしてから、それを専利法第五二条の中に書きこまれた。そうすることによって、強制許諾制度は立法技術上でより完全なものとなったといえる。

第三、強制許諾を得た単位又は個人に訴権を付与した

TRIPs協定第三一条第j号は、加盟国において強制許諾の使用料に関する裁定について司法上の審査又は他の独立の審査を受ける機会を提供すべきであると規定している。即ち、特許権者及び強制許諾を得た者は特許行政機関による使用料に関する裁定に不服がある場合には、司法手続き又は行政再審査手続きを利用し、自分の利益を守ることができるとしている。それに対して、わが国の専利法第五八条は、特許権者が特許行政機関による強制許諾の使用料についての裁定に不服があるときには、裁判所に訴えを提起することができるとする規定しかない。

しかし、強制許諾を得た者は強制許諾の使用料についての裁定に不服があるときに、訴えを提起できるかどうかについて法律上の規定がない。それによって、強制許諾を得た者は使用料についての裁定に不服がある場合でもそれを起訴するに法的根拠がなかったのである。今度の改正は、当事者の利益を平等に保護するために、第五五条には特許権者及び強制許諾を取得する単位若しくは個人が國務院の特許行政部門による強制許諾の使用料に関する裁定に不服のあるときは、通知を受け取った日から三ヶ月以内に裁判所に訴えを提起することができるとする規定を

設けている。

二 権利主体の利益を平等、適切に保護するための改正について

市場経済は、平等に競争することができなければならない。平等に競争することは市場経済主体が平等な権利の享有を基礎としている。第二次専利法改正は正に市場経済の規則に対応するために、以下の内容の改正を行った。

1 国有企業の特許技術に対する権利性質に関する改正

前の専利法第六条に設けられた特許権の権利性質に関する規定は、計画経済体制から生まれたものである。それは企業の所有制の性格によつて異なつた権利を付与している。国有企業は、特許技術に対して保有することしかできないが、他の企業は特許技術に対して所有することができる。このような規定によつて国有企業は他の企業と競争する時に、不利な地位に立たされる。しかし、市場経済の中で異なつた所有制の企業は市場経済主体として活動すべきであつて、所有制の性格はそれに対して何の影響をも与えるべきではない。

わが国において経済体制改革以来、国有企業に本格的な市場経済の主体たる地位を与える作業はずつと行つていく。今度の専利法改正は、市場経済の客観的な要請に適應させるために、経済体制改革、特に国有企業改革の成果として、国有企業に他の所有制企業と同じように特許権を所有させることにした。この改正は、わが国のWTO加

盟にとつて、格別な意識をもっている。それは国有企業が国際市場競争の中で特許制度を有効に利用し自分のために有利な地位を築くことができることである。

以上の改正に関連して、もう一つ国有企業の特許権に関する改正がある。国有企業が特許を出願する権利及び特許権を譲渡する場合には、上級の主管部門の承認を得る必要をなくしたことである。以前、国有企業は特許技術の保有者であるので、特許技術を譲渡するときは、國務院の關係主管部門の承認を得なければならなかった。今は、国有企業は、改正された専利法第六条によつて、特許技術の所有者となつたため、国有企業は自分の状況判断と市場事情によつて特許を出願する権利及び特許権を譲渡するかどうかについて自分で判断することができるようになった。

2 職務発明創作の発明者又は考案者の利益に対する保護の強化

わが国において、職務発明創作は二種類がある。一つは所属単位の任務を執行するために完成された発明創作である。もう一つは主として所属単位の物質と技術条件を利用して完成した発明創作である。前者は、どの国においても職務発明創作と見られている。後者については、各国の特許法は異なつた態度をとっているが、主な考え方は自由発明創作と見なされている。

わが国の専利法は単位の利益を守るために、それを職務発明創作としていた。しかも、二つの種類の職務発明創作に対する特許を出願する権利及び特許権はすべて単位に帰属させている。無差別に法定原則を採用し、単位と発明者及び考案者との約定を許さないのである。このような硬直とした規定は単位と発明者及び考案者に対して事実

上の制限となり、特に従業員の発明創作に対する積極性を引き出すことには不利となるのである。

この二つの種類の発明創作には区別が存在している。後者は大体、従業員の趣味で完成され、従業員の職務に係がないし、単位の業務範囲にも属しない可能性がある。この場合には、単位には利益にならないのでその特許を出願しようとする気がない。しかし、法律は単位に特許を出願する権利を付与している。それに反して、発明者又は考案者たる従業員は特許を出願しようと思っても、特許を出願する権利を持っていないので出願することができない。これによって、従業員と単位との間に紛争がよく起こる。

今度の法改正は、この二つの種類の発明創作を区分して、職務発明創作の権利帰属に対して実質的な修正を行った。所属単位の任務を執行するために完成した職務発明創作は、その特許を出願する権利及び特許権は、相変わらず法定原則を実行して単位に帰属する。それに対し、主として所属単位の物質と技術条件を利用して完成した職務発明創作の場合には、契約優先原則を導入して、その特許を出願する権利及び特許権の帰属については、発明者及び考案者と単位とが契約を締結することを通じて約定することができる。約定をした場合には、その約定に従い、約定をしていない場合に限り、法律に従って単位に帰属することになるとした。

さらに、従業員の発明創作に対するやる気をさらに高めようとして、もう一つの改正が行われた。職務発明創作たる特許技術が実施された場合には、以前は、法律に従って、特許権を与えられた単位は、発明者及び考案者に奨励を与えなければならないとされた。今回は、法律に従って、特許権を与えられた単位は、合理的な報酬を与えなければならないことになっている。合理的の意味は、報酬の額が職務発明創作の応用の範囲及び取得した経済効果を考慮して決定されるところのものである。

表現の言葉が奨励から報酬へ変わることは、発明者及び考案者にとって、重要な意味を持っている。奨励と言う表現は、単位の利益から考えたものである。それは、単位に主動的な地位を占めさせて、発明者または考案者に二次的地位しか与えていなかった。単位は奨励を与えるかどうか、並びに奨励の額をどのぐらいにするかを決める権利を握っている。発明者及び考案者としては消極的に受け取るしかないである。しかし、報酬と言う表現は、分配制度の分野に属している。それは、発明者及び考案者に受動的な地位から主動的な地位にまで変化させてきた。報酬とは、発明者及び考案者の発明創作を進んでいる過程に支払った知的労働の対価である。そして、単位は、職務発明創作を利用して利益を得ると同時に、発明者及び考案者は報酬を得るべきである。報酬は、奨励よりも発明者及び考案者が得るべきものだと言う意味が強く感じられる。

3 意匠特許権の付与条件に関する改正

発明創作に対して、日本と中国とは法体系が違うのである。日本において、「特許法」と「実用新案と意匠法」とは三つの法律によって調整されている。中国においては専利法一つで「発明」、「実用新案」と「意匠」とを含んでいる。意匠とは、専利法の保護対象にしているにもかかわらず、それは、製品の形状、模様若しくは色彩又はこれらの組み合わせにより作り出された美感に富み、かつ、工業分野での応用に適した新しいデザインと言われているので、本質上は一種の作品である。それによって、著作権により保護された美術作品と、又は、商標法により保護された商標図様と衝突は起こりやすいのである。ある商人はフリー・ライドの方式で、他人の著作権のある美術作品、他人の登録商標の図様を自分で生産又は提供した商品又は役務と結びつけて、意匠特許を出願してしまう。

わが国の法律によって意匠の特許出願は、形式審査の原則が採用されている。そして、特許行政部門は意匠の特許出願について、初歩的な審査を経て拒絶の理由が発見されなるときは、意匠の特許権を与える旨の決定をし、相応の特許証を発給し、同時に、登録及び公告をしなければならない。公告日から出願者は特許権者になって、適法な権利者となる。この後、著作権者又は商標権者は、意匠特許権者の意匠の中で自分の作品又は商標図様があることを発見して、意匠特許権者に対して侵害を訴えるときは、意匠特許権者は自分をもつ特許権と言う理由で抗弁を行う。特許権は国務院の特許行政部門が法律に従って、授与されたものであるので、当該意匠特許は、他人のある著作権の美術作品又は登録商標の図様から作られたことを明らかにするにもかかわらず、裁判所も当該意匠特許の効力を直接に否定する権限はない。著作権者又は商標権者は、特許法第四五条により、特許再審委員会に当該意匠特許権の無効宣告を請求する場合に限る。しかも、無効宣告の手続きに入った後、もし特許権の無効を宣告し、又は特許権を維持する旨の特許再審委員会の決定に不服がある場合には、通知を受け取った日から三か月以内にどちらからでも裁判所に訴えを提起することができる。こうすると、著作権者又は商標権者は、長い時間を待たなければならない。この過程で著作権者又は商標権者たる先権利者は、自己の利益が十分な保護を受けることができなくなるのである。

以上の問題を解決するために、先権利者の利益から考え、かつ、フリー・ライドを抑制して、今度の法改正は第二三条で、「他人が先に取得した適法な権利と抵触するものであつてはならない。」と言う条件を加えている。意匠特許権を付与する条件について、もう一つの改正がある。

第二三条で、先行意匠と「同一又は類似」から「同一及び類似」と変更された。法理から言えば、意匠特許権を

付与する新規性の条件は、当該意匠は出願日前に国内外の出版物で公開發表され、又は、国内で公然と使用されたことがある意匠と比べて、同一でもいけない、類似でもないと言ふ趣旨である。前の専利法第二三条は、本質上以上の意味を指す。でも、法条項は、同一と類似との間に「又は」と言ふ接続詞で結んでいる。「又は」の意味はあるものを選択する際に一つしか備えない場合でも十分である。即ち、同一でないと類似でない両者のどちらでも満たすと特許権を付与することができる。このような解釈は、立法の本来の意味と矛盾するし、自分自身の倫理に合わないのである。同一でないものと類似でないものとは、選択の關係でなく、両者は、並列の關係でしかない。相並ぶ物事をつづけるのに用いる接続詞は「及び」である。

そして、今度の法改正は「又は」を「及び」に変更した。これによつて、法律表現はもっと適切になったといふことができる。

指摘すべきことは改正された意匠特許を付与する条件は、米国や日本と比べれば、創作性の点で、より高いレベルを求めると言ふ改正が行われる必要があると思ふ。

三 手続きの簡素化と司法救済措置の整備について

特許権は、一種の民事的な権利であるにもかかわらず、その権利客体は、無体物性を持っているので、特許権の享有は、特許行政部門により審査して付与することを前提にしている。かつ、特許を付与された後の保護は、普通の民事的権利の保護によることになりかなり複雑である。そして、どのような手続きが良いかと言ふ問題は、各国

学者の注目するところとなっている。特許制度が創立されて以来、各国は、より合理化、より簡速化、より活性化を求める特許手続きを絶えず検討してきている。わが国の第二次専利法改正は以下の方面で努力している。

1 手続きの簡素化

わが国の一九八四年専利法は、特許付与前の異議申立て制度を設けていた。即ち、発明特許出願公開の公告日又は実用新案及び意匠出願の初歩査定された後の公告日から三ヶ月以内に、いかなる者も専利局が公告した特許出願について異議を申し立て、特許付与を阻止することができるとされたのである。特許異議申立て制度が採用された最初の考え方は特許出願を公衆の監督の下に置いて、専利局の審査のレベルを高めようとしていた。そして、専利法により規定された要件を満たさない発明創作には特許権を付与しないとする狙いもあった。しかし、異議申立て制度が実行されたところ、それは、消極的な役目を果たすこととなってしまった。ある企業は、独占的な地位を保つために、自分と利害関係のある発明創作についての特許権の成立を阻止し、異議申立て制度を効果的な手段として活用し、悪意によって、当該発明創作の審査時間を延ばし、紛争を訴訟に引き入れる可能性を利用したのである。それによって、当該発明創作は、特許が付与されにくいことになった。あるデータによると、異議申立て手続きを経て特許を付与できない特許出願は、公告された特許出願の総件数の中で大体3%しか占めていないのである。結局、公告された特許出願の一〇〇〇件の中で三件だけが不合格となる特許出願に特許を与えないことを阻止するために、ほかの九九七件の特許出願は、やむをえず異議期間を経なければならぬこととなる。このように、特許出願の審査手続きは、大変遅れて、特許出願者の大切な時間も潰されてしまい、発明創作の保護にとっても不利とな

った。

このほか、専利局が特許出願の書類を出版する場合にも費用が高いし、専利局の仕事量も増加した。特許付与前の異議申立て制度についての以上の欠点に鑑みて、一九九二年の専利法改正により、それを廃止して、付与後の取り消し手続きが導入され、かつ、それを無効手続きと結びつけられた。

取り消し手続きが異議申立て手続きに切り替えられてから、専利局の特許付与の時間は短くなった。ただし、取り消し手続きが実行されてからの経緯を見ると、問題もあり、かつ、その消極的な効果が日に日に深刻の一途をたどっている。その主なものは、つぎのように指摘することができる。

第一、取り消し手続きは一部分の侵害者に悪意に利用され、特許権者に対しての保護は不利になってきた。

近年の司法実務の中で、特許権者の裁判所に特許侵害訴訟を提起する場合、被告は侵害訴訟に対抗するために、ときどき、専利局に当該特許権の取り消しを求める。それによって、裁判所は侵害事件についての審理を中止しなければならぬ。特許権が有効かどうかについての最終的結論が出された後に、侵害事件の審理を進めることができるのである。専利局の審判とか、専利再審委員会の審判、裁判所の一審と二審の審理など、これらの手続きは大変時間がかかる。このようなかなり長い過程を経ることで特許権者の適法的利益は損なわれてしまう。

第二、取り消し手続きは、無効手続きを制約している。

前の専利法第四一条によると、取り消し手続きの開始時間は特許付与日から六ヶ月以内であり、第四八条によると、無効手続きの開始時間は特許付与日から六ヶ月後である。つまり、取り消し手続きは先で、無効手続きはその後である。しかも、専利法実施細則の第六六条第三項によると、特許の取り消しの請求について最終結論を出す前

に、無効宣告の請求に対して、専利再審委員会は、この申し立てを受理することができないのである。そうすると、取り消し手続きは無効手続きに制限を加えることとなる。取り消し手続きが終わらなければ、無効手続きを始めることができないのである。

第三、取り消し手続きと無効手続きの同時設置は、特許手続きを複雑にした。

取り消し手続きと無効手続きとは、性質及び目的は基本的には同じであり、いずれも公衆に特許付与後において反対意見を提出させ、特許付与の誤りを直すためのものである。その上、無効手続きを開始する理由の中で取り消し手続きの中には開始理由を含んでいる。そして、取り消し手続きの機能は、無効手続きで実現されることができるのである。

以上の原因で、今回の法改正は、取り消し手続きを削除して、同時に特許付与公告日を無効手続きの開始時間と定めている。取り消し手続きを廃止し、単一の無効手続きを採用することは、特許手続きをもっと簡素化させ、特許行政部門により特許事件についての審理速度を速めることができる。もう一つの役目は、取り消し手続きにより無効手続きに加えた制約を解除して、当事者の訴訟も減少したのである。これによって、争っている特許は早期に確定することができる。

2 実用新案特許権の行使に関する条件

わが国の専利法は、発明又は実用新案及び意匠特許出願に対してそれぞれの異なった審査制度を定めている。発明特許出願は、繰り延べ審査制度を取っており、実用新案及び意匠特許出願については、形式審査制度を取ってい

る。その中で、実用新案及び意匠特許出願に対して取っている形式審査は、手続きを簡素化させ、特許の付与も速く、費用も低く抑えられたので、わが国の国情に合っている。データによると、実用新案特許の出願件数は、国内特許出願者の提出した出願の中で最も多い。実用新案特許出願は初歩的審査のみを行い、法律規定に合致したことを確認してから、特許を付与することができるので、出願人は、比較的短い時間内で適時に特許権を取得することができる。しかし、形式審査制度は、以上の積極的な役目があると同時に、現実には消極的な役目をも担っている。重複特許付与や誤った特許付与のような現象は、避けられないのである。かつ、現実には、ある者は実用新案に対して実質審査を行わないことを利用し、公有の技術若しくは他人の技術を使って特許を出願し、特許を付与されてからは、特許権を行使する名義で、本当の技術所有者又は公衆の実施を抑止する。このように、侵害者は、逆に堂々と公有技術若しくは他人の技術を独占的に実施し、利益を漁ることができる。これは本当の権利者又は公衆の利益に直接に損害を与えるのみでなく、特許制度の名誉に対しても極めて悪影響を与えている。これでは、人々の特許制度に対する信頼度が低くなっていく一方である。

以上の欠点を克服し、実用新案特許付与の質を高め、悪意のある出願人が悪用するのを避けて、公衆の利益を守るために、学者は二種類の改正案を提出している。一つは実用新案特許出願に対する審査手続きを形式審査から繰り延べ審査へ変更させ、発明特許出願の審査制度のような実質審査を行ってから特許を付与すると言う考え方である。もう一つはフランスの方法を参考にして、登録プラス実質審査制度と言う制度を取り入れるものである。具体的な方法は、現在実施された形式審査制度も採用し、しかし、実用新案特許権者は、裁判所に起訴しようとする場合、又は特許業務管理機関に特許紛争の解決を求めようとする場合には、まず専利局に実質審査を行わせ、検索報

告を出させる必要があるとするのである。

上述の二種類の見解を比べると、後者はより合理的だと思う。もし、前者の通り、実用新案特許出願に対して実質審査を行えば、実用新案特許付与の質がアップし、特許権の有効か無効かの紛争は減少し、特許権の安定性が高くなるであろうが、実用新案特許制度にある特許付与速度の速さ、費用の低さと言う長所が失われてしまうであろう。そのほかに、わが国における特許審査職員が不足しており、発明特許出願のみに対する実質審査は審査部門への圧力が大きくなるであろう。また、実用新案特許出願に対する実質審査を行う客観的条件も具備されていないからである。

前者と異なつて、後者は、実用新案制度の現有的長所を保存したうえで、特許権者の提供した検索報告を起訴の前提条件として、形式審査のみならず特許権の安定性が低いと言う欠点を克服することができるのである。このため、今回の法改正は後者の考え方を採用することになった。

改正された専利法第五十七条第二項の規定に基づいて・・

第一、実用新案特許権のみにかかる侵害紛争については、特許権者に対して国務院の特許行政部門のした検索報告を提出するよう要求することしかできないとした。そして、意匠特許権にかかわる侵害紛争については、裁判所又は特許業務管理部門は、特許権者に対して検索報告を提出することを命じることはできない。

第二、特許権者に検索報告を提出するのを命じることが、侵害紛争を受理した裁判所又は特許業務管理部門が具体的な事件の状況に基づいて決めることとする。

第三、国務院の特許行政部門は、検索報告を作成する権力を持つ唯一の機関である。

第四、国務院の特許行政部門に検索報告を作成させる要求を提出できる出願人は、特許権者本人しかできない。裁判所又は特許業務管理部門は、国務院の特許行政部門に検索報告を作成させることを直接に命じる権限を有していない。

検索報告は、国務院の特許行政部門により実用新案特許の考案についての実質審査を行ってから、それが実体的要件を満たしているかどうかについて検討した結論的な意見である。そして、登録された実用新案特許権者は、検索報告の結論に基づいてどのような対策を採用するかを決めることができる。もし、検索報告が、実用新案特許権の有効性があることを確認すれば、特許権者は、侵害者に対して訴えを提起し、損害賠償を請求することができる。それに反して、検索報告は、その実用新案特許権の有効性がないと確認した場合には、特許権者は、訴えを提起する必要はない。そうすると、一方では相手方の利益が保護され、他方では特許の実体的要件を満たしていないけれども、特許が付与されて、他人に侵害の訴えを提起する事件について、裁判所によって行われる審理が減少することとなり有利である。

3 特許技術の善意実施行為

特許権者と社会公衆との間にある利益のバランスをとるために、特許権者の独占的な権利は、社会科学技術の進歩の支障にならないようにするため、改正前の専利法第六二条では、五つの事項について特許権者の許諾を得なくとも、特許技術を実施する行為は特許権侵害と見なされないと規定されていた。その中で、第二番目の事項は、善意使用又は販売行為である。即ち、特許権者の許諾を得ずに製造し販売した特許製品であることを知らないかぎ

り、その製品を使用し、販売する行為は特許権侵害と見なされないものである。

このような規定については、以下の二点で考慮する必要がある。

第一、商品流通を速めるためである。

商品経済の場合、もし、消費者又は販売者が、使用若しくは販売する前に当該商品に合法性があるか否かを調べなければならぬとすれば、人間はどんな商品を買ひ、使用し、販売することを敢えてやらなくなるおそれがあり、商品の流通が阻害されてしまう。この原因によって、法律は商品を順調に流通させるため、特許侵害製品を善意に使用又は販売をする行為を不法行為と見なさないというのである。

第二、民法の過失責任原則を守るためである。

伝統的な民法理論には、過失責任の原則が不法行為の基本的責任原則である。主観的過失は、不法行為の四つの構成要件中で重要な要件である。わが国の民法通則第一〇六条はこれを定めている。そして、法律は特別な規定がある場合を除いて、相手方に過失がない場合には、不法行為と見なすことができない。改正前の専利法第六二条第二号は、まさに上述した理論の一つの体现である。相手方が自分で使用又は販売した商品が他人の特許権を侵害するものであることを知らなければ、主観的には善意であるので、不法行為と見なされないのは当然であるといふことができる。

改正前の専利法第六二条第二号は、ある程度商品の流通を促進したが、現実では、消極的效果も生じてしまった。實際生活の中で、ある者は、使用又は販売した商品が特許権侵害製品であることを確かに知らなかった。ただし、特許権者は、それを発見した後、侵害製品の製造者の責任を追及するため、相手方に侵害製品のルートを提供

させようとしても、協力してくれる人はいないだろう。もっと悪い情況では、ある者は、使用又は販売している商品が特許権侵害製品であることを実際に知つていながら、特許権者に追及されるとき、知らないと言う理由で抗弁を行う。民事訴訟法の関係規定によると、このとき、特許権者は相手方が知つていることを証明する立証責任を負う。明らかに、特許権者は、そのことを証明しにくいのである。このように、改正前の専利法第六十二条第二号は、ある不法行為者がその不法行為を隠して法律上の責任を逃がれ、悪意に利用するためのお守り札となつて、特許権者の享有している独占権を水泡に帰してしまふ。

このほか、改正前専利法第六十二条第二号の立法根拠として規定された過失責任原則は、伝統的な民法の不法行為理論と異なるところがある。それは、不法行為と侵害責任と損害賠償との関係を混同して、それらを一緒に見なしってしまった。だが、実際には、それらの三者の間には厳しい区別があり、主観的過失がその中で果してきた役目が違ふということが出来る。主観的過失は、不法行為の構成要件ではないのである。かつ、不法行為が成立してから、侵害責任を負うべきである。侵害責任には、侵害の差し止め、危険の排除、妨害の排除、損害賠償を含んでいる。そして、損害賠償は、たかだか侵害責任の一種でしかないのである。その他の三種類の責任を負う条件は、不法行為の成立要件と同じで、主観的過失を必要の条件としていない。即ち、不法行為が成立する場合に限り、侵害者は不法行為を停止すべきであり、危険又は妨害があつた場合には、侵害者は危険を消去すべきであり、更に妨害を取り除くべきである。それは、損害賠償である責任形式のみで主観的過失を要件にしている。そして、善意の使用又は販売は、その主観的狀態が善意であるけれども、特許権者の許諾を得ていなかった場合には、不法行為になるわけである。

不法行為だから、侵害責任を負うべきであり、主観的過失の要件を満たさなければ、損害賠償の責任を負わないのである。しかし、改正前専利法第六十二条第二号によると、行為者に主観的過失がないから、その行為は不法行為と見なされることはなく、何の責任も負わないのが当然であるとしている。それは特許権者にとって、あきらかに非常に不利益である。特許権者は、ある者が特許侵害製品を使用又は販売していることを発見したにもかかわらず、この行為を停止させ、自分の利益を保護する法律上の根拠がないからである。

今回の法改正は、以上のような実務経験をまとめ、不法行為理論の新しい研究成果を参考にして、特許権者の利益を守る角度から、善意の使用又は販売行為に対して改めて認定を行ったのである。改正された第六十二条第二項によつて、次のように規定されている。すなわち、

第一、善意の使用又は販売は、不法行為と見なされない事情に該当しないようになり、本来の面目を変更して、不法行為と認定するようになった。

第二、特許侵害製品の使用又は販売についての善意者は、製品の適法な由來を証明することができるときには、賠償責任を負わない。しかし、その侵害を停止する責任を負うべきである。

第三、特許侵害製品を使用若しくは販売する善意の者は、その製品の適法な由來を証明することができず又はその製品の由來についての情報を提供しない場合には、損害の賠償責任を含む侵害責任を負わなければならないとされるのである。

おわりに

以上詳しく紹介してきたのは、今回の専利法改正の主な内容である。そのほか、以下の改正も行われた。

第一、専利法の立法目的は二一世紀に向かって、改正が行われた。

「科学技術の発展を促し」と言う以前の表現を、今は、「科学技術進歩及び新規創作を促し」とした。

第二、専利法の第八条により、合作発明創作及び委託発明創作の主体を個人に拡大した。

第三、特許権の発効時間を精密に確定した。

第三十九条及び第四〇条には、発明特許権又は実用新案特許権若しくは意匠特許権は、公告日からその効力を生じると定めている。

第四、第二〇条により、中国の単位又は個人の完成した発明創作について国際特許出願を提出する法律根拠を明確化し、かつ、中国の単位又は個人の国際特許出願を提出する前に國務院の主管部門が行う許可手続きを取り消した。

第五、第二一条は「國務院の特許行政部門及びその特許再審委員会は客観・公正・正確及び適時の要求に従い、法により特許に関する出願及び請求を処理しなければならない」と言う規定を付け加えた。

第六、特許業務管理部門の行為について、厳格な規範を設けている。

第六六条により、「特許業務管理部門は社会に対し特許製品を推薦するなどの経営活動に参加してはい

けない」と規定している。上述の規定に違反したときは、特許業務管理部門の上級機関又は監察機関がそれを是正するように命じ、影響を除去し、違法収入のあるときは、それを没収する。事案が重大であるときは、法に基づき直接に責任を負う主管者とその他の直接責任者に対し行政処分を科する。

第七、特許業務管理部門と裁判所の特許紛争に関する処理職権範囲を明確化した。

第五十六条により、事案を処理するに当たり、特許業務管理部門は、特許侵害行為が成立すると認定する場合には、侵害者に直ちに侵害行為を停止するよう命じることができる。しかし、損害賠償の金額については、当事者が請求に応じる場合に限り、調停しかなしえないとしたのである。調停が不調で終わった場合には、当事者は、民事訴訟法により裁判所に訴えを提起することになる。特許業務管理部門は、損害賠償の金額について職権によって再び決めることはできない。

第八、市場秩序を維持するため、他人の特許を盗用し、又は非特許製品を特許製品と偽り、若しくは非特許方法の特許方法と偽った場合については、更に厳しい措置を講じている。以上の情状があった場合に、特許業務管理部門はそれを是正するよう命じ、かつ、公告し、違法所得を没収し、罰金を併科することができる。

第九、特許侵害の賠償金額についての計算方法を明確化した。改正前専利法はこの問題に対し、何の規定もしていない。実務の中では、裁判所は、最高裁判所により一九九二年二月九日發布された「特許事案の審理に係る若干問題についての解答」に基づいて、特許権の損害賠償の計算を行っている。今回の法改正は、この司法解釈と関係のある内容を法律条文として規定した。

その第六〇条は、賠償金額の計算方法について三つの方法を決めた。

A、権利者が権利侵害により受けた損害・・

B、権利侵害者が権利侵害により取得した利益・・

C、当該特許許諾使用料の倍数を参考にして合理的に確定する。

第十、補償金請求権の時効を明確化した。

第六二条第二項により、発明特許出願の公開後から特許権の授与まで、当該発明を使用して適当な使用料を支払っていないときは、特許権者の使用料支払請求について、その訴訟時効は二年とし、特許権者は、その発明が他人による使用であることを知り、又は知り得べき日から起算する。ただし、特許権者は、特許権授与日前に既に、それを知り、又は知り得べきときは、特許権授与日から起算するものとする。

第十一、無効宣告の申立て手続きの相手方に、訴えに参加する権利を与えた。その当事者の利益を保護するため、第四六条第二項では、裁判所は、その当事者を第三者として訴訟に参加するよう通知しなければならないと定めている。

以上述べたような改正を通じて、わが国の専利法は更に整備されるようになった。もちろん、今後、市場経済の発展、特許の国際化の歩みに伴い、また、法の改正を行う必要が出てくると思われる。法律は正に絶えず改正する過程の中で整備されていくものであろう。

今回、在日期間が短かったためもあって、中日両国の特許法の比較についての論稿をうまく書くことができな

かったことを残念に思う。帰国後、日本の特許法をよく検討、研究して、全面的にその真意を把握したうえで、中日両国の特許法の比較研究を進めていくつもりである。

最後に、三ヶ月間にわたる日本の特許法勉強の中で、山梨学院大学の小野寺規夫教授をはじめ、熊達雲教授、上條醇教授、込山芳行教授、中川延良教授、石原喜文教授、茂野隆晴教授、阿部隆是教授から多くの学術上の御教示及び暖かい励ましと生活上のご配慮等を頂きましたことに対して、心より、お礼を申し上げる次第です。

参考文献

- (1) 「日中韓特許同時取得可能に九月に協議 審査基準共通化へ」〔日本経済新聞〕二〇〇一年六月一日
- (2) 「知的所有権の貿易関連の側面に関する協定」(TRIPS協定)
- (3) 竹田和彦「特許の知識」第六版、ダイヤモンド社、二〇〇一年二月二六日
- (4) 吉藤幸朔著 熊谷健一補訂「特許法概説」第一三版 有斐閣一九九八年二月一〇日
- (5) 中山信弘編著「注釈特許法」第三版上巻 青林書院 平成二二年二月一五日
- (6) 増井和夫、田村善之「特許判例ガイド」第二版 有斐閣 二〇〇〇年七月三〇日
- (7) 鄭成思「知識産権論」法律出版社 一九九八年
- (8) 吳漢東編著「知識産権法学」北京大学出版社 二〇〇〇年二月
- (9) 張新宝「中国侵權行為法」中国社会科学出版社 一九九八年
- (10) 北京市第一中級人民法院知識産権審判庭編著「知識産権名案評析」人民法院出版社一九九八年二月
- (11) 劉春田編著「知識産権法学」北京大学出版社 二〇〇一年
- (12) 「知識産権」二〇〇〇年一六期、二〇〇一年一二期